A

SPNB ASPIRASI SDN BHD lwn. CHIMONIEF SDN BHD

MAHKAMAH RAYUAN, PUTRAJAYA
NOR BEE ARIFFIN HMR
AZIZAH NAWAWI HMR
LEE HENG CHEONG HMR

B

[RAYUAN SIVIL NO: D-02(IM)(NCC)-485-03-2020]
14 FEBRUARI 2022

C

Abstrak – *(i) Prinsip asas berkaitan pliding menggariskan bahawa pihak-pihak terikat dengan pliding masing-masing. Maka mahkamah terikat untuk memutuskan satu-satu kes berdasarkan pliding pihak-pihak dan, apabila mahkamah bicara memutuskan satu-satu isu yang tidak diplidkan, penghakiman tersebut boleh diketepikan; (ii) Prinsip am undang-undang taksiran ganti rugi adalah bersifat pampasan. Mesti wujud kaitan antara kemungkiran dan kerugian yang dialami. Hak yang dituntut oleh plaintif mesti selaras dan berpaksi pada terma kontraktual yang mengikat mereka dan mahkamah mesti memberi kesan pada terma yang mengikat itu.*

D

E

KONTRAK: *Kontrak pembangunan – Ganti rugi – Kontraktor gagal membayar kos tanah seperti yang diperuntukkan bawah kontrak pembangunan – Penghakiman ingkar direkodkan terhadap kontraktor – Kontraktor diperintah membayar ganti rugi terhadap pihak yang menuntut – Perkiraan kehilangan keuntungan – Sama ada award ganti rugi berasaskan kos pembinaan yang tidak diplidkan – Sama ada ganti rugi boleh ditaksir sedangkan tiada penamatan perjanjian dan perjanjian tambahan untuk membolehkan tuntutan ganti rugi – Sama ada hakim bicara menggunakan prinsip terpakai dalam taksiran ganti rugi – Sama ada ganti rugi bersifat pampasan*

F

PROSEDUR SIVIL: *Pliding – Prinsip – Kontraktor gagal membayar kos tanah seperti yang diperuntukkan bawah kontrak pembangunan – Penghakiman ingkar direkodkan terhadap kontraktor – Kontraktor diperintah membayar ganti rugi terhadap pihak yang menuntut – Sama ada award ganti rugi berasaskan kos pembinaan yang tidak diplidkan – Sama ada mahkamah bicara memutuskan isu yang tidak diplidkan – Sama ada penghakiman wajar diketepikan*

G

H

Perayu ('defendan') melantik responden ('plaintif'), bawah satu perjanjian pembangunan ('perjanjian'), sebagai kontraktor *turnkey* untuk membangunkan sebidang tanah. Bawah kl. 6.1 perjanjian ini, defendan berkewajipan membiayai keseluruhan kos pembangunan projek berjumlah RM298 juta yang termasuk kos tanah berjumlah RM10,880,000. Defendan dikehendaki membayar kos tanah seperti berikut: (i) 10%, iaitu RM1,088,000, semasa pelaksanaan perjanjian; dan (ii) 70% dan 20% lagi mengikut tempoh-tempoh tertentu yang ditetapkan. Walau bagaimanapun, defendan hanya membayar 10% kos tanah dan gagal membayar jumlah-jumlah selebihnya. Pihak-pihak

I

seterusnya membuat perjanjian pembangunan tambahan ('perjanjian tambahan') yang, antara lain, melalui kl. 3.1, memperuntukkan bahawa jika defendan gagal mematuhi perenggan-perenggan relevan bawah klausa ini, plaintif berhak menuntut daripada defendan, antara lain ganti rugi terlikuidasi yang ditetapkan yang bersamaan dengan keseluruhan kehilangan keuntungan dan nilai bahan-bahan di tapak pembinaan seperti yang ditetapkan oleh juruukur bahan bebas. Apabila defendan masih gagal membayar, plaintif memulakan tindakan di Mahkamah Tinggi, menuntut 90% kos tanah dan ganti rugi. Susulan kegagalan defendan memfailkan pembelaan, satu penghakiman ingkar direkodkan terhadap defendan, memerintahkannya membayar plaintif, antara lain, jumlah prinsipal RM9,792,000 dan ganti rugi am, khas dan teladan. Plaintif seterusnya memfailkan permohonan taksiran ganti rugi dan permohonan ini dibenarkan; defendan diperintahkan membayar plaintif ganti rugi global berjumlah RM90 juta. Jumlah ini dicapai berdasarkan laporan pakar plaintif yang mengguna pakai 'approximate quantity method' dalam membuat taksiran keuntungan. Maka timbul rayuan ini. Isu-isu yang diutarakan oleh defendan adalah sama ada Hakim Mahkamah Tinggi ('HMT') terkhilaf apabila (i) memberi award ganti rugi berasaskan kos pembinaan yang tidak diplidkan; (ii) mentaksir ganti rugi sedangkan tiada penamatan perjanjian dan perjanjian tambahan untuk membolehkan plaintif menuntut ganti rugi; dan (iii) gagal mengambil kira prinsip yang terpakai dalam taksiran ganti rugi.

Diputuskan (membenarkan rayuan)
Oleh Nor Bee Ariffin HMR menyampaikan penghakiman mahkamah:

(1) Mahkamah terikat untuk hanya memutuskan satu-satu kes berdasarkan pliding. Hakim Mahkamah Tinggi tidak boleh mengabaikan pliding plaintif. Berdasarkan pliding plaintif, HMT hanya boleh membuat taksiran ganti rugi kehilangan keuntungan berdasarkan kos tanah sahaja. Apabila mahkamah bicara memutuskan isu yang tidak diplidkan, penghakiman tersebut boleh diketepikan. (perenggan 53, 54 & 57)

(2) Pakar plaintif terkhilaf kerana mengambil kira kos pembinaan tanpa mengambil kira kesan kl. 6.1 perjanjian, iaitu kontrak perjanjian yang menjadikan kos pembinaan, yang menjadi asas pengiraannya, masih belum muktamad. Kos pembinaan mungkin akan berubah berdasarkan jumlah unit yang diluluskan dan, oleh itu, pengiraan anggaran keuntungan berdasarkan kos pembinaan pada peringkat ini bertentangan dengan persetujuan yang dicapai oleh pihak-pihak. Tuntutan untuk kos pembinaan adalah pra-matang kerana: (i) pembinaan projek belum bermula kerana belum ada pelan bangunan; dan (ii) kl. 3.1 perjanjian tambahan tidak dikuatkuasakan oleh plaintif terhadap defendan. Hakim Mahkamah Tinggi nyata terkhilaf dalam membenarkan tuntutan ganti rugi untuk kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan yang, secara langsung, menjejaskan kepentingan defendan. (perenggan 63, 65, 66 & 68)

(3) Bukan menjadi kes plaintif yang diplidkan bahawa perjanjian dan perjanjian tambahan telah ditamatkan oleh plaintif menurut kl. 3.1 perjanjian tambahan untuk membolehkan plaintif melaksanakan hak kontraktualnya menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan. Pernyataan tuntutan plaintif juga tidak menyebut atau merujuk pada perjanjian tambahan. Dalam ketiadaan penamatan perjanjian perjanjian dan/atau perjanjian tambahan, tuntutan kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan tidak selaras dan bercanggah dengan terma kontraktual yang disetujui pihak-pihak dan ini seharusnya ditolak. (perenggan 79)

(4) Prinsip am undang-undang taksiran ganti rugi adalah bersifat pampasan. Walau bagaimanapun, award global sebanyak RM90 juta tidak relevan untuk kos tanah dan tidak bersifat pampasan lantas mengundang kekaburan dan pelbagai persoalan. Hakim Mahkamah Tinggi tidak memberi justifikasi award global yang dibuatnya malah tidak menyatakan ganti rugi yang mendapat award yang lebih tinggi dan ganti rugi yang kurang. Undang-undang menetapkan bahawa mesti wujud kaitan antara kemungkiran dan kerugian yang dialami. Award ganti rugi yang jauh tidak setimpal dengan kemungkiran yang diplidkan oleh plaintif berpunca daripada kegagalan HMT membezakan antara komponen kos tanah dan komponen kos pembinaan yang kedua-duanya berbeza. Hak yang dituntut oleh plaintif mesti selaras dan berpaksikan terma kontraktual yang mengikat mereka. Mahkamah mesti memberi kesan pada terma yang mengikat itu tetapi ini tidak berlaku dalam kes ini. (perenggan 86, 90, 91, 93 & 94)

English *Headnotes*

The appellant ('defendant') appointed the respondent ('plaintiff'), pursuant to a development agreement ('agreement'), as a turnkey contractor to develop a piece of land. Pursuant to cl. 6.1 of the agreement, the defendant was obliged to finance the entire development costs of the project, amounting to RM298 million, which included the costs of the land amounting to RM10,880,000. The defendant was required to pay the costs of the land as per the following: (i) 10%, *ie*, RM1,088,000, during the execution of the agreement; and (ii) the remaining 70% and 20% at certain periods fixed. However, the defendant only paid 10% of the costs of the land and failed to pay the remaining sums. The parties subsequently entered into a supplementary development agreement ('supplementary agreement') which, *inter alia*, through cl. 3.1, provided that should the defendant fail to comply with the relevant paragraphs under the said clause, the plaintiff was entitled to claim from the defendant, *inter alia*, liquidated ascertained damages equivalent to the entire loss of profits and value of materials at the site as ascertained by an independent quantity surveyor. As the defendant still failed to pay, the plaintiff commenced an action at the High Court, claiming for 90% of the costs of the land and damages. Following its failure to file

defence, a default judgment was entered against the defendant, ordering it to pay the plaintiff, among others, the principal amount of RM9,792,000 and general, special and exemplary damages. The plaintiff subsequently applied for an assessment of damages and the application was allowed; the defendant was ordered to pay global damages, amounting to RM90 million, to the plaintiff. This amount was arrived at based on the plaintiff's expert report which used the 'approximate quantity method' in making a profit assessment. Hence, the present appeal. The issues raised by the defendant was whether the High Court Judge ('HCJ') erred in: (i) awarding damages based on unpleaded construction costs; (ii) assessing damages when, in actual fact, there was no termination of the agreement and the supplementary agreement to enable the plaintiff to claim for damages; and (iii) failing to take into account the principles applicable in the assessment of damages.

Held (allowing appeal)
Per Nor Bee Ariffin JCA delivering the judgment of the court:

(1) The court was bound to decide a case based on its pleadings. The HCJ could not disregard the plaintiff's pleading. Based on the plaintiff's pleading, the HCJ could only make an assessment of damages for loss of profit based on the costs of the land only. When a trial court decides on an issue that is not adjudicated, the judgment could be set aside.

(2) The plaintiff's expert erred in taking into account the costs of construction without taking into account the repercussions of cl. 6.1 of the agreement, *ie*, the contractual agreement that made the construction costs, which formed the basis of its calculation, was yet to be concluded. Construction costs may vary based on the number of units approved and, therefore, the calculation of profit estimates based on construction costs at this stage was contrary to the agreement between the parties. The claim for construction costs was premature as: (i) as the construction of the project had not started as there was no building plan; and (ii) cl. 3.1 of the supplementary agreement was yet to be enforced by the plaintiff against the defendant. The HCJ clearly erred in allowing a claim for damages for loss of profits based on construction costs which directly affected the interests of the defendants.

(3) It was not the plaintiff's case that the agreement and the supplementary agreement have been terminated by the plaintiff, pursuant to cl. 3.1 of the supplementary agreement, to enable the plaintiff to exercise its contractual right to claim for damages for loss of profits. Furthermore, the plaintiff's statement of claim made no mention nor referred to the supplementary agreement. In the absence of such termination of the agreement and/or supplementary agreement, the claim for loss of profits based on construction costs was inconsistent with the contractual terms agreed by the parties and the same should be dismissed.

(4) The general principle of the law of assessment of damages is compensatory in nature. However, the global award of RM90 million was irrelevant to the costs of the land and was not compensatory in nature, thus inviting ambiguity and various questions. The HCJ failed to justify the global award made and failed to state which, among the awards, was higher/lower than the others. The law stipulated that there must be a nexus between the default and the losses suffered. The award of damages, which was highly disproportionate to the default pleaded by the plaintiff, stemmed from the HCJ's failure to distinguish between the components between the land costs and the construction costs which were both distinct. The rights claimed by plaintiffs must be consistent and centred upon the contractual terms binding them. The court must give effect to these binding terms but this was not the case here.

Kes-kes yang dirujuk:

Aseambankers Malaysia Bhd & Ors v. Shencourt Sdn Bhd & Anor [2014] 2 CLJ 773 CA ***(refd)***

Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu v. Mae Perkayuan Sdn Bhd & Anor [1993] 2 CLJ 495 SC ***(refd)***

Datuk Mohd Ali Hj Abdul Majid & Anor v. Public Bank Bhd [2014] 6 CLJ 269 FC ***(refd)***

Fraser & Neave Ltd v. Yeo Hiap Seng Ltd [1989] 1 CLJ 275; [1989] 2 CLJ (Rep) 809 ***(refd)***

Guan Soon Tin Mining Co v. Ampang Estate Ltd [1972] 1 LNS 39 FC ***(refd)***

Hadley v. Baxendale [1854] 9 Exch 34 ***(refd)***

Hock Huat Iron Foundry v. Naga Tembaga Sdn Bhd [1999] 1 CLJ 89 CA ***(refd)***

Janagi v. Ong Boon Kiat [1971] 1 LNS 42 HC ***(refd)***

Kemajuan Masteron Sdn Bhd v. Chong Nge Wei & Ors [2020] 1 LNS 468 CA ***(refd)***

Nikmat Masyhur Sdn Bhd v. Kerajaan Negeri Johor Darul Ta'zim [2008] 9 CLJ 46 HC ***(refd)***

Pacific Forest Industries Sdn Bhd & Anor v. Lin Wen-Chih & Anor [2009] 6 CLJ 430 FC ***(refd)***

Perbadanan Pengurusan 3 Two Square v. 3 Two Square Sdn Bhd & Anor And Another Appeal [2019] 1 LNS 2281 CA ***(refd)***

Popular Industries Ltd v. Eastern Garment Manufacturing Co Sdn Bhd [1990] 1 CLJ 133; [1990] 2 CLJ (Rep) 635 HC ***(refd)***

Projek Lebuh Raya Utara-Selatan Sdn Bhd v. Kim Seng Enterprise (Kedah) Sdn Bhd [2013] 6 CLJ 958 CA ***(refd)***

RHB Bank Bhd v. Kwan Chew Holdings Sdn Bhd [2010] 1 CLJ 665 FC ***(refd)***

Sony Electronics (M) Sdn Bhd v. Direct Interest Sdn Bhd [2007] 1 CLJ 611 CA ***(refd)***

Tan Ah Chim & Sons Sdn Bhd v. Ooi Bee Tat & Anor [1993] 4 CLJ 476 HC ***(refd)***

Tan Kuan Yau v. Suhindrimani Angasamy [1985] 1 CLJ 429; [1985] CLJ (Rep) 323 FC ***(refd)***

Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v. Plenitude Holdings Sdn Bhd [1995] 1 CLJ 15 FC ***(refd)***

Tara Rajaratnam v. Datuk Jagindar Singh & Ors [1983] 1 CLJ 257; [1983] CLJ (Rep) 892 HC ***(refd)***

UDA Holdings Bhd v. Koperasi Pasaraya Malaysia Bhd & Other Appeals [2007] 5 CLJ 489 CA ***(refd)***

Perundangan yang dirujuk:
Contracts Act 1950, s. 74

Bagi pihak perayu - Ahmad Fadzly, Pavithra K & Deepak Mahadevan; T/n Azmi Fadly Maha & Sim
Bagi pihak responden - Rajasingan Aswath & R Aswath; T/n Ahmad Deniel, Ruben & Co

[Nota Pengarang: Untuk kes Mahkamah Tinggi, sila lihat Chimonief Sdn Bhd v. SPNB Aspirasi Sdn Bhd [2020] 1 LNS 703 (ditolak).]

Dilaporkan oleh Najib Tamby

PENGHAKIMAN

Nor Bee Ariffin HMR:

Pengenalan

[1] Rayuan ini adalah berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi berbangkit daripada penghakiman ingkar pembelaan yang diperoleh responden terhadap perayu di Mahkamah Tinggi pada 6 November 2019 (penghakiman ingkar tersebut) berdasarkan tuntutan kemungkiran kontrak di bawah Development Agreement bertarikh 16 Oktober 2014 (perjanjian pembangunan) yang dibuat antara perayu dengan responden.

[2] Tiga isu utama berbangkit dalam rayuan ini. Pertama, sama ada Yang Arif Hakim Mahkamah Tinggi (HMT) telah terkhilaf kerana memberikan award kepada responden bagi ganti rugi yang bersandarkan kos pembinaan yang tidak diplid. Kedua, sama ada HMT telah terkhilaf apabila menjalankan pentaksiran ganti rugi sedangkan tidak ada penamatan Perjanjian Pembangunan dan Perjanjian Pembangunan Tambahan bertarikh 12 Disember 2017 bagi membolehkan responden menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan, dsb. Ketiga, sama ada HMT gagal mengambil kira prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi.

Fakta

[3] Bagi kemudahan rujukan, pihak-pihak dalam penghakiman ini dikenali sebagai plaintif dan defendan sebagaimana mereka dikenali di Mahkamah Tinggi.

[4] Secara ringkas, kes yang diplid oleh plaintif adalah seperti yang berikut.

[5] Di bawah perjanjian pembangunan, defendan bersetuju melantik plaintif sebagai "turnkey contractor" untuk membangunkan tanah seluas empat ekar yang dikenali sebagai HSD 13336, Lot PT1475 yang terletak di Seksyen 65, Bandar Baru Tunjong, Mukim Kota Jajahan Kota Bharu, Kelantan (tanah tersebut), bagi cadangan projek pembangunan, pembinaan

dan penyiapan lapan ratus lapan puluh unit pangsapuri kos sederhana dan dua puluh enam unit rumah kedai lengkap dengan pelbagai infrastruktur termasuk longkang, pembetung, jalan masuk, lorong masuk, air, elekrik dan saluran pembetungan dan sambungan dalaman mengikut pelan dan terma-terma dokumen kontrak yang dirujuk di dalam Jadual B kepada perjanjian pembangunan (projek tersebut).

[6] Menurut kl. 6.1 perjanjian pembangunan, kewajipan kontraktual defendan adalah untuk membiayai keseluruhan kos pembangunan projek tersebut sebanyak RM298,000,000 yang termasuk dalamnya kos tanah tersebut sebanyak RM10,880,000 (kos tanah).

[7] Defendan dikehendaki membayar kos tanah seperti yang berikut:

(i) RM1,088,000 bersamaan dengan 10% kos tanah semasa pelaksanaan perjanjian pembangunan;

(ii) RM7,616,000 bersamaan dengan 70% kos tanah dalam tempoh 90 hari dari tarikh perjanjian pembangunan tertakluk kepada syarat-syarat duluan (condition precedent) dalam kl. 2 dipenuhi oleh plaintif;

(iii) RM2,176,000 bersamaan dengan 20% kos tanah sebaik sahaja diperoleh kelulusan bagi pelan pembangunan yang hendaklah diperoleh dalam tempoh sembilan bulan dari tarikh perjanjian pembangunan menurut kl. 7.2.5.

[8] Tidak ada pertikaian bahawa plaintif telah mematuhi peruntukan kl. 2.

[9] Defendan walau bagaimanapun, hanya membayar 10% daripada kos tanah tersebut, iaitu sebanyak RM1,088,000 dan gagal membayar 90% kos tanah, iaitu sebanyak RM9,792,000, dalam tempoh yang ditetapkan dalam kl. 6.1.

[10] Tuntutan bagi menuntut kos tanah sebanyak RM7,616,000 dibuat melalui surat bertarikh 19 November 2017. Defendan gagal membayar.

[11] Pada 12 Disember 2017, kedua-dua pihak membuat Supplementary Development Agreement (perjanjian pembangunan tambahan). Perjanjian pembangunan tambahan ini mengadakan peruntukan mengenai bila projek tersebut hendaklah dimulakan dan disempurnakan dan remedi kepada plaintif jika berlaku kegagalan defendan mematuhi kedua-dua perjanjian.

[12] Tuntutan untuk membayar RM2,176,000 kos tanah dikemukakan menurut surat bertarikh 2 April 2018. Defendan masih gagal membayar. Melalui surat bertarikh 26 Jun 2018, dikemukakan tuntutan bagi RM9,792,000, iaitu nilai 90% kos tanah. Defendan masih gagal membayar. Akibat kemungkiran defendan, plaintif menuntut dalam tindakan ini 90% kos tanah dan pelbagai ganti rugi, faedah dan kos.

[13] Defendan gagal memfailkan pembelaan dalam masa yang ditetapkan.

[14] Penghakiman ingkar tersebut direkodkan terhadap defendan pada 6 November 2019. Defendan diperintahkan membayar plaintif jumlah prinsipal sebanyak RM9,792,000, ganti rugi am, ganti rugi khas dan ganti rugi teladan yang kesemuanya hendaklah ditaksirkan, faedah dan kos.

[15] Defendan tidak mengetepikan penghakiman ingkar tersebut.

[16] Plaintif memfailkan notis permohonan di lampiran 20 pada 20 November 2019 untuk ditetapkan tarikh bagi pentaksiran ganti rugi dan turut dipohon supaya segala bukti berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi diberikan dalam bentuk afidavit.

[17] HMT membenarkan permohonan di lampiran 20 pada 30 Disember 2019. Pendengaran ditetapkan pada 21 Januari 2020. Pihak-pihak saling membalas afidavit masing-masing.

[18] Pada 27 Februari 2020, HMT memerintahkan defendan membayar plaintif ganti rugi global sebanyak RM90,000,000.

Di Mahkamah Tinggi

[19] Plaintif mengemukakan laporan Hashimah binti Harun (Hashimah) sebagai laporan pakarnya manakala defendan mengemukakan Fadzil Harlis @ Fadhli Hanafi bin Pauzi (Fadzil) sebagai pakarnya yang menentang laporan pakar Hashimah melalui keterangan afidavit.

[20] Keputusan HMT mengaward RM90,000,000 adalah berdasarkan laporan Hashimah. HMT menerima Hashimah sebagai seorang pakar (lihat perenggan 10 penghakiman HMT). Hashimah mengguna pakai "approximate quantity method" dalam membuat taksiran keuntungan. HMT mendapati pandangan Hashimah "to be reasonable and reflective of the loss of profit of the plaintiff".

[21] HMT menolak afidavit Fadzil kerana "Fadzli in his affidavit has not shown to me that he is a professional quantity surveyor. In any event, he is not independent, as he is attached to the defendant. In contrast, Hashimah has made a declaration that she is not an interested party and she is not related in any way to either of the parties."

[22] Defendan menegaskan "approximate quantity method" yang diguna pakai oleh Hashimah adalah silap. HMT pula menyatakan:

> [16] Even if I were to assume for one moment that the approximate quantity method and the concrete reinforcement ratio are erroneous, what is then the proper approach in assessing damages? While I accept Hashimah is an expert within the meaning of s. 45 of the Evidence Act 1950, I am also mindful that there is no affidavit of rebuttal filed by an expert appointed by the defendant.

[23] Daripada pentaksiran yang dijalankan, HMT membuat kesimpulan yang berikut:

> [19] In my opinion, the figure of RM96,540,300 as reflected in the report is on the high side. I also do not agree with the figure of RM103,854,969.75 as suggested by the plaintiff.
>
> [20] I believe a more reasonable figure for a global award of damages would be RM90,000,000 and I so hold. There shall be no order as to costs.

Alasan Rayuan

[24] HMT dikatakan terkhilaf atas alasan-alasan yang berikut:

(i) HMT bergantung kepada fakta material yang tidak diplid dalam pernyataan tuntutan;

(ii) HMT menjalankan pentaksiran ganti rugi atas asas bahawa perjanjian pembangunan telah ditamatkan sedangkan isu penamatan tidak diplid oleh plaintif;

(iii) HMT gagal mempertimbangkan prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi;

(iv) HMT gagal mempertimbangkan isu-isu yang dibangkitkan oleh defendan dalam afidavit dan hujahannya. Penghakiman HMT menunjukkan isu yang dibangkitkan tidak ditangani;

(v) HMT tidak memberikan apa-apa justifikasi bagaimana RM90,000,000 dikira.

Keputusan Kami

[25] Kami sebulat suara mendapati terdapat merit dalam rayuan ini. Alasan kami adalah seperti yang berikut.

Isu Kegagalan Memplid

[26] Dalam menangani bantahan defendan mengenai tuntutan ganti rugi kehilangan keuntungan yang tidak diplid, HMT menyatakan:

> [14] In resisting the said amount, the defendant has raised the question of damages on the loss of profit was not pleaded by the plaintiff. With respect, I think we have gone beyond the issue of liability. That is done and dusted. It is now for the assessment of quantum. The JID specifically states for the general, special and exemplary damages to be assessed by this Court. Unless the JID is set aside or otherwise reversed at the appellate stage, the JID remains.

[27] Kami bersetuju bahawa apabila suatu penghakiman ingkar tidak diketepikan atau tidak diakas oleh mahkamah rayuan, maka penghakiman itu disifatkan menjadi muktamad. Liabiliti untuk membayar tidak lagi menjadi isu. Liabiliti defendan dalam kes ini untuk membayar RM9,792,000 tidak

dipertikaikan oleh defendan. Yang dipertikaikan adalah apakah takat ganti rugi untuk ditaksirkan. Defendan menyatakan bahawa ganti rugi yang diperintahkan untuk ditaksirkan mestilah terhad kepada kos tanah dan tidak merangkumi kos pembinaan.

[28] Suatu award ganti rugi bukanlah hak automatik yang diberikan kepada plaintif. Ini kerana perintah mahkamah supaya ganti rugi ditaksirkan tidak membangkitkan suatu anggapan bahawa kerugian telah dialami (lihat kes Mahkamah Rayuan Singapura *Fraser & Neave Ltd v. Yeo Hiap Seng Ltd* [1989] 1 CLJ 275; [1989] 2 CLJ (Rep) 809; [1989] 1 MLJ 91). Pihak yang meminta ganti rugi berkewajipan membuktikan kerugian yang dialaminya, dan tujuan pentaksiran adalah untuk memastikan wujud, dan takat, apa-apa kerugian yang dialami. Banyak kes autoriti yang menetapkan bahawa pihak yang menuntut ganti rugi menanggung beban membuktikan ganti rugi dengan keterangan yang mencukupi sebelum boleh mendapatkannya dan kami hanya ingin menyebut beberapa kes iaitu *Guan Soon Tin Mining Co v. Ampang Estate Ltd* [1972] 1 LNS 39; [1973] 1 MLJ 25), *Popular Industries Ltd v. Eastern Garment Manufacturing Co Sdn Bhd* [1990] 1 CLJ 133; [1990] 2 CLJ (Rep) 635; [1989] 3 MLJ 360, *Hock Huat Iron Foundry v. Naga Tembaga Sdn Bhd* [1999] 1 CLJ 89; [1999] 1 MLJ 65, *Sony Electronics (M) Sdn Bhd v. Direct Interest Sdn Bhd* [2007] 1 CLJ 611; [2007] 2 MLJ 229.

[29] Ini bererti isu kuantum masih perlu diputuskan dan penentuannya pada pandangan kami, mestilah berasaskan tuntutan ganti rugi yang diplid. Dalam konteks ini, keputusan Mahkamah Rayuan dalam kes *Kemajuan Masteron Sdn Bhd v. Chong Nge Wei & Ors* [2020] 1 LNS 468; [2020] 4 MLRA 680 adalah instruktif:

> [28] Returning then to the present appeal, in the assessment of damages, the issue of liability to pay is no longer in issue; it is only the quantum of damages. However, we do not believe it is a simple matter of considering the contents of the affidavits against the submissions made and then decide. There is more to the assessment, much more; and the judicial exercise of determining the measure, extent and quantum of damage becomes trickier where the exercise is broken up into separate exercise, undertaken at different times and by different persons.
>
> [29] Thus, what needs to be done is this. The judge or registrar must necessarily return to the pleadings as we have done, especially to the Statement of Claim.

[30] Mengapa dalam kes di hadapan kami, HMT masih perlu memastikan bahawa pelbagai ganti rugi yang diperintahkan dalam penghakiman ingkar tersebut untuk ditaksirkan adalah tuntutan yang diplid oleh plaintif adalah kerana terdapat dua komponen dalam perjanjian pembangunan, iaitu komponen kos pembinaan (construction costs) dan komponen kos tanah (land costs).

[31] Peguam cara plaintif semasa pendengaran di hadapan kami bersetuju bahawa terdapat dua komponen ini. Begitu juga Hashimah dalam laporan pakarnya.

[32] Dihujahkan oleh peguam cara plaintif bahawa walaupun terdapat dua komponen, satu perjanjian sahaja sudah memberikan hak kepada plaintif untuk menuntut kedua-dua kos tanah dan kos pembinaan. Peguam cara plaintif tidak menyatakan peruntukan mana dalam perjanjian-perjanjian tersebut yang memperuntukan sedemikian. Hujahan ini pada pendapat kami tidak boleh dipertahankan kerana perjanjian pembangunan tambahan yang memberi plaintif hak untuk menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan, tidak menjadi sebahagian daripada kes yang diplid oleh plaintif. Tuntutan bagi kehilangan keuntungan diperkenalkan dalam perjanjian pembangunan tambahan dan tidak diperuntukkan dalam perjanjian pembangunan. Plaintif hanya memplid perjanjian pembangunan sebagaimana yang ditunjukkan berikut ini.

[33] Secara ringkas, mukadimah kepada perjanjian pembangunan menunjukkan bahawa tuan punya berdaftar tanah tersebut ialah Perbadanan Bandar Baru Tunjung (perbadanan). Tanah tersebut merupakan tanah rizab melayu yang tertakluk kepada pematuhan kehendak perundangan tertentu dalam proses pindahmilikan kepada defendan. Plaintif di bawah perjanjian pembangunan adalah berkewajipan untuk mendapatkan tanah tersebut daripada perbadanan untuk defendan bagi maksud pembangunan projek tersebut. Ini merupakan komponen pertama perjanjian pembangunan. Komponen kedua adalah bagi tanah tersebut dibangunkan oleh plaintif sebagai turnkey contractor.

[34] Dua komponen tersebut turut digambarkan melalui takrif "development costs" dalam kl. 1.1 dan juga dalam kl. 6 perjanjian pembangunan:

> Development cost
>
> means the total development costs for the Project estimated at RM298,000,000-00 (Ringgit Malaysia Two Hundred and Ninety Eight Million) only comprising of:
>
> (a) Construction Cost at RM287,120,000-00 (Ringgit Malaysia Two Hundred Eighty Seven Million One hundred and Twenty Thousand) only being the cost of building construction, insurance, quit rent, stamp duty, Government Contribution and Professional Fees payable to the architect, engineers, quantity surveyors and any other consultant engaged for the Project and other related payments, charges and penalties that may be imposed on the Project from time to time by the Relevant Authorities: and
>
> (b) Land Costs at RM10,880,000-00 (Ringgit Malaysia: Ten Million Eight Hundred and Eighty Thousand) only being the Land cost, Conversion, Subdivision and other land office fees (if any).

6. PAYMENT OF DEVELOPMENT COST, PROFESSIONAL FEES, PREMIUM & CAPITAL CONTRIBUTION AND STAMP DUTY

6.1 SPNBASB shall be solely responsible for the payment of the Development costs and in respect of each item thereunder shall ensure that:

(a) Land Cost – RM10,880,000.00

(i) SPNBASB shall pay a sum of RM1,088,000.00 (Ringgit Malaysia: One Million Eight Hundred and Eighty Thousand) only equivalent to ten per centum (10%) of the Land Cost to the Turnkey Contractor upon execution of this Agreement (hereinafter referred to as "the First Payment");

(ii) A sum of RM7,616,000 (Ringgit Malaysia: Seven Million Six Hundred and Sixteen Thousand) only equivalent to seventy per centum (70%) of the Land Cost shall be payable to the Turnkey Contractor within Ninety (90) days from the date of this Agreement subject to the fulfilment of all the conditions precedent specified in clause 2 herein;

(iii) The balance thereof for the sum of RM2,176,000.00 (Ringgit Malaysia: Nine Million Seven Hundred and Ninety Two Thousand (*sic*)) only equivalent to twenty per centum (20%) shall be payable to the Turnkey Contractor immediately upon the approval of the Development Order which is to be obtained within Nine (9) months from the date of this Agreement pursuant to clause 7.2.5 herein.

(b) Construction Cost and Professional Fees

The Construction Cost shall be paid by SPNBASB to the Turnkey Contractor in accordance to the terms and conditions as provided in the Contract Agreement to be drawn up and executed between the Turnkey Contractor and SPNBASB. The said Construction Costs shall be adjusted/modified in accordance to number of units approved by the Authorities as per the approved plan which shall be increased and/or reduced proportionately in accordance to the number of original units.

6.2 The Turnkey Contractor shall be solely responsible for the payment in respect of each item thereunder shall ensure that:

(a) Application Consent To Transfer and/or charge The Turnkey Contractor shall be responsible and undertake to apply to the MKNK with own cost for requisite consent to transfer and/or charge the said land to the individual purchaser of the unit houses(s).

[35] Kemungkiran oleh defendan, yang tidak diperuntukkan dalam perjanjian pembangunan (sila perhatikan bahawa kl. 14 perjanjian pembangunan hanya memperuntukkan kemungkiran pada pihak plaintif), kini diperuntukkan dalam kl. 3 perjanjian pembangunan tambahan. Klausa 4

perjanjian pembangunan tambahan memperuntukkan bahawa kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan hendaklah dibaca bersama dan jika berlaku percanggahan antara perjanjian pembangunan tambahan dengan perjanjian pembangunan, perjanjian pembangunan tambahan hendaklah mengatasi.

[36] Penting ditekankan bahawa perjanjian pembangunan tambahan secara keseluruhannya adalah menjurus kepada pelaksanaan komponen kedua, iaitu mengenai kerja-kerja pembangunan tanah tersebut oleh plaintif.

[37] Dalam konteks kes ini di mana terdapat dua komponen kos, kami berpandangan adalah menjadi kewajipan HMT untuk menentusahkan bahawa pentaksiran ganti rugi yang hendak dilaksanakan mengikut penghakiman ingkar tersebut adalah berlandaskan kepada pliding plaintif, dan sama ada yang diplid oleh plaintif adalah terhad kepada komponen kos tanah atau komponen kos pembinaan atau kedua-duanya. Pendek kata, apa yang perlu dilakukan oleh HMT adalah kembali meneliti pliding plaintif dan kedua-dua perjanjian yang ditandatangani oleh kedua-kedua pihak (*Kemajuan Masteron Sdn Bhd, supra*).

[38] Kami telah meneliti kedua-dua perjanjian tersebut dan pernyataan tuntutan plaintif dan kami mendapati perkara-perkara yang berikut.

[39] Melalui perenggan 6, plaintif memplid mereka berhak untuk mendapatkan pembayaran sebanyak RM7,616,000, iaitu 70% harga kos tanah tersebut sebagaimana yang diperuntukkan di bawah kl. 6.1(a)(ii) perjanjian pembangunan kerana telah memenuhi kl. 2.

[40] Melalui perenggan 7, plaintif memplid mereka berhak untuk mendapatkan pembayaran sebanyak RM2,176,000 iaitu 20% harga kos tanah tersebut sebagaimana yang diperuntukkan di bawah kl. 6.1(a)(iii) perjanjian pembangunan kerana telah memenuhi kl. 7.2.5.

[41] Perenggan 8, 9, 10, 11, 12, 13 dan 14 adalah lanjutan daripada pli plaintiff mengenai hak mereka mendapatkan 90% harga kos tanah sebanyak RM9,792,000. Defendan gagal membayar dan plaintif menyatakan telah berlaku pelanggaran perjanjian pembangunan.

[42] Melalui perenggan 15, plaintif memplid bahawa mereka juga mengalami pelbagai ganti rugi khas lain akibat kemungkiran defendan di bawah perjanjian pembangunan. Disenaraikan di perenggan 16(a) hingga (f) ganti rugi khas yang dialaminya, termasuklah ganti rugi dalam bentuk kerugian dan/atau kerosakan dan/atau kehilangan hasil yang dialami oleh plaintif (perenggan (f)).

[43] Dalam perenggan 17, plaintif memplid supaya ganti rugi khas yang dinyatakan dalam perenggan 16 ditaksirkan oleh mahkamah. Tidak ada pli untuk ganti rugi am dan ganti rugi teladan ditaksirkan.

[44] Dalam perenggan 18, plaintif memplid relief yang dipohon, iaitu menuntut jumlah baki keseluruhan yang terhutang di bawah perjanjian pembangunan sebanyak RM9,792,000 (ini adalah tuntutan bagi kos tanah), ganti rugi am, ganti rugi khas, ganti rugi teladan, faedah dan kos. Tuntutan bagi relief ganti rugi am dan ganti rugi teladan hanya tertera dalam perenggan 18 sahaja.

[45] Pernyataan tuntutan, pada pandangan kami, menunjukkan bahawa tuntutan plaintif terhadap defendan adalah bagi kos tanah sahaja. Kos pembinaan yang menjadi komponen kedua perjanjian pembangunan sebanyak RM287,120,000 yang ditakrifkan dalam kl. 1.1 dan yang diperuntukkan di bawah kl. 6.1(b) perjanjian pembangunan, tidak menjadi sebahagian daripada kes yang diplid oleh plaintif. Adalah penghakiman kami bahawa skop dan takat penghakiman ingkar tersebut adalah terhad kepada tuntutan kos tanah dan tidak merangkumi tuntutan bagi kos pembinaan.

[46] Tuntutan plaintif melalui surat-surat yang dikeluarkan oleh peguam caranya, Tetuan Teo & Chew, dan plaintif sendiri hanya menuntut 90% kos tanah sahaja dan tidak langsung membuat tuntutan bagi kos pembinaan atau apa-apa ganti rugi yang berbangkit atau berkaitan dengannya.

[47] Tidak boleh dipertikaikan lagi bahawa kes yang diplid oleh plaintif hanyalah berkaitan dengan kos tanah dan tidak ada kaitannya dengan kos pembinaan. Plaintif boleh sahaja memplid kos pembinaan jika mereka mengambil pendirian bahawa mereka berhak menuntutnya, tetapi mereka tidak memilih untuk berbuat demikian.

[48] Penghakiman ingkar tersebut menyebut bahawa defendan dihakimi untuk membayar jumlah prinsipal yang dihutang oleh defendan kepada plaintif sebanyak RM9,792,000, dan ganti rugi am, ganti rugi khas dan ganti rugi teladan untuk ditaksirkan, masing-masing dalam perenggan a, b, c dan d. Perenggan e hingga h adalah berkaitan faedah, dan kesemuanya adalah berkaitan dengan kos tanah. Perenggan i adalah mengenai kos.

[49] Kami menyatakan bahawa penghakiman ingkar tersebut bagi segala maksud hanya menjurus kepada kos tanah. Tidak terdapat dalamnya perintah bahawa ganti rugi-ganti rugi yang diperintahkan untuk ditaksirkan adalah berkaitan dengan atau termasuk kos pembinaan. Ini adalah konsisten dengan pernyataan tuntutan plaintif bagi mendapatkan kos tanah sahaja.

[50] Perlu diperhatikan bahawa fi profesional arkitek, jurutera, juruukur bahan dan mana-mana konsultan lain yang dilantik bagi projek tersebut dan apa-apa pembayaran yang berkaitan, caj dan penalti yang dikenakan dari semasa ke semasa oleh pihak berkuasa yang berkaitan, adalah termasuk dalam kos pembinaan dan bukan kos tanah. Ini diperuntukkan dalam takrif "development costs" dalam kl. 1.1 perjanjian pembangunan. Jadi pihak-pihak terikat dengan persetujuan mereka bahawa kos-kos sedemikian tidak berkaitan dengan tuntutan bagi kos tanah.

[51] Jika plaintif masih memplid kos di perenggan 16(a) hingga (e), maka adalah munasabah disimpulkan bahawa kos yang dimaksudkan itu adalah kos yang berbangkit daripada atau berkaitan dengan kos tanah.

[52] Apa pula kesannya perenggan 16(f) pernyataan tuntutan di mana plaintif memplid, antara lain, ganti rugi khas kehilangan keuntungan? Kami berpandangan memandangkan pliding plaintif hanya menjurus kepada tuntutan kos tanah, maka tuntutan dalam perenggan 16(f) mestilah juga dibaca dalam konteks yang sama seperti kos yang dituntut di perenggan 16(a) hingga (e), iaitu ganti rugi khas yang berbangkit daripada atau berkaitan dengan kos tanah sahaja, dan tidak lebih daripada itu.

[53] Dalam membuat keputusan, mahkamah adalah terikat untuk hanya memutuskan kes berdasarkan pliding dan tidak boleh mengetepikan pliding pihak-pihak. Kedua-dua pihak terikat dengan perimeter pliding masing-masing (lihat *Janagi v. Ong Boon Kiat* [1971] 1 LNS 42; [1971] 2 MLJ196; *Pacific Forest Industries Sdn Bhd & Anor v. Lin Wen-Chih & Anor* [2009] 6 CLJ 430; [2009] 6 MLJ 293; *RHB Bank Bhd v. Kwan Chew Holdings Sdn Bhd* [2010] 1 CLJ 665; [2010] 2 MLJ 188; *Aseambankers Malaysia Bhd & Ors v. Shencourt Sdn Bhd & Ano*r [2014] 2 CLJ 773; [2014] 4 MLJ 619).

[54] Kembali kepada kes sekarang, kami menyatakan bahawa HMT tidak boleh mengabaikan pliding plaintif. Berdasarkan pliding plaintif, HMT hanya boleh membuat pentaksiran ganti rugi bagi kehilangan keuntungan di perenggan 16(f) berdasarkan kos tanah sahaja.

[55] Terdapat banyak kes yang diputuskan yang menyatakan bahawa jika pematuhan ketat pliding diabaikan, maka mahkamah akan dilihat seolah-olah mereka-reka atau mewujudkan suatu kausa tindakan bagi satu pihak dan pada masa yang sama, berlaku tidak adil kepada pihak yang lain, dan keputusan yang dibuat berdasarkan isu yang tidak diplid boleh diketepikan. Mahkamah Persekutuan dalam *RHB Bank Bhd*, *supra* menegaskan:

> [33] Second, the proposition of the Court of Appeal was not even pleaded by the respondent. The respondent's cause of action against the appellant was for breach of contract. Nowhere in the respondent's pleading, expressly or by implication, can we detect a claim for breach of a joint venture agreement arising out of a fiduciary duty placed upon the appellant in the capacity as principal of an agent. It is a cardinal rule in civil litigation that the parties must abide by their pleadings. This is trite as can be seen from the decision of this court in *Menah Sulong v. Lim Soo & Anor* [1970]1 MLRA 1; [1983] CLJ (Rep) 263; [1983] 1 CLJ 26 where Ong Hock Thye CJ said:
>
> > I think it is necessary in this case to emphasise once again that the Courts should give their decision in strict compliance with the pleadings. As Lord Radcliffe said in *Esso Petroleum Co Ltd v. Southport Corporation* [1956] 2 WLR 1, 91

If an Appellate Court is to treat reliance as pedantry or mere formalism I do not see what part they play in out trial system.

[34] In fact, the Court of Appeal itself has reiterated this in *Amanah Butler (M) Sdn Bhd v. Yike Chee Wah* [1997] 1 MLRA 143; [1997]1 MLJ 750; [1997] 2 CLJ 79; [1997] 2 AMR 1653 where Gopal Sri Ram JCA (as he then was) said:

It is trite law that a party is bound by its pleadings.

[35] On this, we would like to add that it is not the duty of the court to invent or create a cause of action or defence under the guise of doing justice for the parties lest it be accused of being biased towards one against the other. The parties should know best as to what they want and it is not for the court to pursue a cavalier approach to solving their dispute by inventing or creating cause or causes of action which were not pleaded in the first place. Such activism by the court must be discouraged otherwise the court would be accused of making laws rather than applying them to a given set of facts.

[56] Dalam *Projek Lebuh Raya Utara-Selatan Sdn Bhd v. Kim Seng Enterprise (Kedah) Sdn Bhd* [2013] 6 CLJ 958; [2013] 5 MLJ 560, Mahkamah Rayuan memutuskan:

[18] What this amounts to is this. That the court is not entitled and should not decide a suit on an issue which is not pleaded. In short, the trial of the suit must be confined to the pleadings (*Yew Wan Leong v. Lai Kok Chye* [1990] 2 MLJ 152 (SC), at p 154) and the pleadings operate to effectively define and delimit with absolute clarity and precision the real matters in controversy between the parties. In this way, the parties could prepare their respective cases ad the court too will adjudicate on those issues and no more (*Asia Hotel Sdn Bhd v. Malayan Insurance (M) Sdn Bh*d [1992] 2 MLJ 615; *S Manickam & Ors v. Ismail bin Mohamad & Ors* [1997] 2 MLJ 90; *Narayanan v. Kannamah* [1993] 3 MLJ 730; *Anjalai Ammal & Anor v. Abdul Kareem* [1969] 1 MLJ 22 (FC); *Muniandy & Anor v. Muhammad Abdul Kader & Ors* [1989 2 MLJ 416 (SC),at p 418; *Wisma Punca Emas Sdn Bhd v. Dr Donal R O' Holohan* [1987] 1 MLJ 393 (SC); *Gimstern Corporation (M) Sdn Bhd & Anor v. Global Insurance Co Sdn Bhd* [1987] 1 MLJ 302 (SC); and *Tan Ah Chim & Sons Sdn Bhd v. Ooi Bee Tat & Anor* [1993] 3 MLJ 633).

[19] It is a correct statement of the law to state that where the case has been decided on an issue that is not raised in the pleadings, the judgment can be set aside forthwith.

[57] Juga dalam *Aseambankers Malaysia Bhd*, *supra*, di ms. 648 diputuskan bahawa "It is also salutary to mention that when the trial court decides on an issue that is not pleaded, the judgment can be set aside."

[58] Berpandukan kes-kes di atas, kekhilafan HMT atas isu pliding mewajarkan campur tangan kami. Rayuan ini boleh dibenarkan atas isu pliding sahaja.

[59] Ada beberapa faktor lain yang turut menyumbang kepada mengapa pentaksiran yang dijalankan dan award yang dibuat oleh HMT tidak boleh dipertahankan.

[60] Klausa 6.1 (b) yang dirujuk sebelum ini mengenai kos pembinaan dan fi profesional (construction cost and professional fees) memperuntukkan, antara lain, bahawa jumlah kos pembinaan sebanyak RM287,120,000 hendaklah dibayar oleh defendan berdasarkan kontrak perjanjian yang hendaklah disediakan dan dilaksanakan antara plaintif dan defendan dan kos pembinaan akan diubah atau diselaraskan berdasarkan jumlah unit yang diluluskan oleh pihak berkuasa menurut pelan pecah bahagi (subdivision) yang diluluskan.

[61] Fadzil mendepos bahawa perjanjian kontrak yang dimaksudkan dalam kl. 6.1(b) masih belum dilaksanakan oleh pihak-pihak. Selain tidak memplidnya, plaintif juga tidak menunjukkan dalam mana-mana afidavitnya bahawa telah terdapat pematuhan kl. 6.1(b) tersebut. Apabila keterangan afidavit Fadzil tersebut tidak dicabar oleh plaintif, maka plaintif dianggap mengetahui bahawa nilai kos pembinaan masih belum muktamad.

[62] Laporan pakar Hashimah menunjukkan di perenggan 2.1 bahawa beliau telah diberikan kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan. Beliau diminta membuat pengiraan keuntungan semata-mata berdasarkan kos pembinaan. Beliau mengakui bahawa daripada kedua-dua perjanjian tersebut, terdapat dua komponen kos, iaitu kos tanah dan kos pembinaan. Hashimah menyatakan yang berikut:

> 2.1 Approach
>
> The matter for my opinion is the estimated amount of profit that may be realisable from the construction and completion of the Project as per the Development Agreement and Supplementary Agreement. The Development Agreement in Clause 1.1 provides that the Development Costs estimated at RM298,000,000.00 comprises of two components i.e. Construction Cost of RM287,120,000.00 and Land Cost of RM10,880,000.00.
>
> I was tasked to calculate the profit realisable solely from the Construction Cost.
>
> For the purpose of calculating the profit of the Construction Cost, I take the above Construction Cost provided in Clause 1.1 of the Development Agreement Sum and then deduct from it the derived cost of work (construction work at cost), to obtain the amount of gross profit, without any allowances for taxation.

[63] Plaintif dari permulaan lagi telah memberi Hashimah arahan yang tidak betul, iaitu untuk mengira keuntungan daripada kos pembinaan sedangkan tuntutan bagi kos tersebut bukan sahaja tidak diplid malah belum muktamad dan adalah pra-matang.

[64] Isu pliding adalah isu undang-undang yang kami percaya tidak patut dibebankan ke atas Hashimah. Namun begitu, sukar untuk mengecualikan Hashimah daripada isu pra-matang. Ini kerana Hashimah mengetahui dan dianggap telah menganalisis kedua-dua perjanjian tersebut dalam proses mengemukakan pendapat pakarnya.

[65] Pada pandangan kami, Hashimah telah tersilap pertamanya, apabila mengambil kira kos pembinaan tanpa mengambil kira kesan kl. 6.1 (b) perjanjian pembangunan, iaitu belum terdapat kontrak perjanjian yang menjadikan kos pembinaan yang menjadi asas pengiraannya, masih belum muktamad. Memandangkan berkemungkinan kos pembinaan akan berubah berdasarkan jumlah unit yang diluluskan, maka pengiraan anggaran keuntungan berdasarkan kos pembinaan pada peringkat ini adalah bertentangan dengan persetujuan yang telah dicapai oleh kedua-dua pihak.

[66] Keduanya, tuntutan bagi kos pembinaan adalah pra-matang kerana:

(i) pembinaan projek tersebut belum bermula mengikut kl. 1.1 perjanjian pembangunan tambahan kerana belum ada pelan bangunan (building plan) yang diluluskan;

(ii) Klausa 3.1 perjanjian pembangunan tambahan tidak dikuatkuasakan oleh plaintif terhadap defendan.

Perkara di atas akan kami susuli.

[67] Plaintif tersilap dalam memberi arahan yang betul kepada Hashimah dan kesilapan Hashimah berpanjangan apabila HMT memutuskan untuk menerima laporan Hashimah tanpa memberikan penilaian kehakiman yang mencukupi kepada keterangan afidavit Fadzil yang pada pandangan kami membangkitkan perkara-perkara yang material dan relevan untuk dianalisis.

[68] Dapatan HMT bahawa tidak ada afidavit in rebuttal oleh defendan adalah tidak tepat kerana jika diteliti, ketiga-tiga afidavit yang diikrarkan oleh Fadzil menentang kandung laporan pakar Hashimah. Sehubungan itu, kami berpendapat adalah tidak material sama ada defendan mengemukakan kaedah pengiraan atau tidak kerana asas pengiraan keuntungan oleh Hashimah dari permulaannya adalah tidak betul. Ini membawa kepada HMT terkhilaf secara nyata dalam membenarkan tuntutan ganti rugi bagi kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan yang secara langsung, telah menjejaskan kepentingan defendan (*RHB Bank Bhd, supra*; *Perbadanan Pengurusan 3 Two Square v. 3 Two Square Sdn Bhd & Anor And Another Appeal* [2019] 1 LNS 2281; [2019] MLJU 1983).

Klausa 1.1 Perjanjian Pembangunan Tambahan

[69] Antara *waad* plaintif dalam perjanjian pembangunan adalah untuk mendapatkan pelan bangunan seperti yang diperuntukkan dalam kl. 7.2.6 yang berbunyi:

A to take necessary steps or action to obtain the Building Plan approval from the relevant Authority(s) within the period of two (2) months from the date of the Development Order, subject to further extension of time to be granted by SPNBASB which such extension of time shall not be unreasonably withheld;

B **[70]** Perjanjian pembangunan tambahan yang ditandatangani tiga tahun selepas perjanjian pembangunan dilaksanakan dan selepas defendan masih gagal membayar 70% kos tanah yang dituntut pada 19 November 2017 memperuntukkan dalam kl. 1 (defendan dirujuk sebagai "developer") yang berikut:

C **1. Commencement Of Project**

1.1 Notwithstanding any provision in the Development Agreement, the parties hereby agree that the Turnkey Contractor shall commence the construction of the Project upon the receipt by the Turnkey Contractor of the instruction from the Developer for the
D commencement of construction of the Project, which instruction shall be given or deemed to be given by the Developer within twelve (12) months from the date of this Supplementary Development Agreement or from the approval of the building plan of the Project, whichever is later.

1.2 Completion Of Project
E

2.1 Notwithstanding any provision in the Development Agreement,the parties hereby agree that each phase of the Project shall be completed and the certificate of completion and compliance shall be obtained by the Turnkey Contractor within thirty six (36) months (for high rise property project) or twenty four (24) months (for
F landed property project) from the date of receipt of instruction to commence construction under Clause 1.1 provided that the final building plan approval and the necessary construction approval have been obtained by the Turnkey Contractor.

[71] Menurut kl. 1.1 di atas, pembinaan projek tersebut hendaklah
G dimulakan dalam masa 12 bulan dari tarikh perjanjian pembangunan tambahan, iaitu pada 12 Disember 2018 atau dari tarikh kelulusan pelan bangunan (building plan), mengikut mana-mana yang kemudian.

[72] Fadzli mendepos dalam afidavitnya bahawa tidak wujud pelan bangunan yang disediakan oleh mana-mana pihak dan yang diluluskan oleh
H pihak berkuasa. Oleh itu, soft drawing plan/construction plans yang dilampirkan bersama laporan pakar Hashimah telah disediakan oleh plaintif secara unilateral kerana tidak ada kelulusan defendan dan disediakan hanya bagi maksud prosiding pentaksiran ganti rugi di lampiran 20.

[73] Perlu diiperhatikan sekali lagi bahawa keterangan afidavit Fadzil ini
I tidak dicabar oleh plaintif. Peguam cara plaintif juga tidak mempertikaikan bahawa Hashimah telah menggunakan soft drawing/construction plan.

[74] Tidak boleh dipertikaikan bahawa pelan bangunan tidak ditandatangani oleh semua konsultan/pihak. Dan yang lebih penting, tidak ditunjukkan oleh plaintif atau Hashimah bahawa pelan bangunan tersebut telah diluluskan oleh pihak berkuasa. Oleh yang demikian, adalah menjadi persoalan bagaimana Hashimah boleh menyandarkan secara keseluruhan laporan pakarnya berdasarkan soft drawing plans/construction plan yang pada hakikatnya tidak berdasarkan pelan bangunan yang diluluskan? Dalam hal keadaan yang wujud, kami bersetuju dengan peguam cara defendan bahawa laporan pakar Hashimah tidak sepatutnya diterima oleh HMT sebagai "reasonable and reflective of the loss of profit of the plaintiff". Ini kerana diragui kesahihan dokumen yang menjadi bahan rujukan dan pergantungan Hashimah dalam membuat pendapat pakar beliau.

[75] Sedemikian halnya, kami tidak berhasrat untuk mengupas lanjut laporan pakar Hashimah dan pendekatan beliau dalam mencapai ganti rugi kehilangan keuntungan sebanyak RM96,540,00 memandangkan laporan beliau hanya memperkatakan kos pembinaan yang bagi segala maksud, adalah tidak relevan bagi kos tanah. Dalam apa jua keadaan, amaun yang dikemukakan oleh Hashimah telah ditolak oleh HMT.

Klausa 3.1 Perjanjian Pembangunan Tambahan

[76] Kami berpandangan tuntutan plaintif, termasuk pli di perenggan 16(f), tidak boleh merangkumi dan tidak boleh dikaitkan dengan kos pembinaan kerana ganti rugi kehilangan keuntungan hanya boleh dituntut oleh plaintif jika berlaku kemungkiran oleh defendan, dan plaintif menguatkuasakan haknya, di bawah kl. 3 perjanjian pembangunan tambahan. Peruntukan tersebut berbunyi:

> **3. Default By Party**
>
> 3.1 Without prejudice to any other rights or remedies which the Turnkey Contractor may possess, the parties hereby agree that in the event that the Developer fails or refuses to:
>
> (a) pay the Development Cost or any part thereof in accordance to the Development Agreement and/or this Supplementary Development Agreement;
>
> (b) execute, materialise or carry out the Project in accordance to the Development Agreement and/or this Supplementary Development Agreement; or
>
> (c) comply with any of its agreements, undertakings, covenants, warranties and/or obligations under the provision of the Development Agreement and/or this Supplementary Development Agreement, the Turnkey Contractor shall give to the Developer a fourteen (14) days notice to rectify the breach or default of the Developer, and in the absence or default of such rectification action

A or measure, the Turnkey Contractor shall be entitled at its own discretion to suspend the execution of the Project until such time payment is made OR to terminate the Development Agreement and/or this Supplementary Development Agreement and claim from the Developer liquidated ascertained damages equivalent to the entire loss of profits by the Turnkey Contractor on the Development
B Cost and the cost and expenses of all work done and value of materials at site as ascertained by an independent Quantity Surveyor, and the legal fees and all other losses, damages, costs and expenses incurred and/or may be incurred by the Turnkey Contractor for the enforcement of the Development Agreement and/or this Supplementary Development Agreement.

C

[77] Daripada peruntukan kl. 3.1 di atas, adalah jelas bahawa kedua-dua pihak berkontrak bahawa jika terdapat kegagalan defendan mematuhi perenggan (a), (b) atau (c), plaintif berhak menuntut daripada defendan, antara lain, "liquidated ascertained damages equivalent to the entire loss of
D profits and value of materials at site as ascertained by an independent quantity surveyor".

[78] Kehendak kl. 3.1 mesti dipatuhi sebelum plaintif boleh menuntut kehilangan keuntungan. Plaintif dihendaki memberikan notis bertulis kepada defendan untuk membetulkan kegagalan atau kemungkirannya itu dalam
E masa 14 hari. Sekiranya defendan gagal berbuat demikian, plaintif berhak untuk menggantungkan pelaksanaan projek tersebut sehingga defendan membuat pembayaran atau plaintif berhak untuk menamatkan perjanjian pembangunan dan/atau perjanjian pembangunan tambahan dan menuntut kerugian yang disebut dalamnya. Tidak dapat dinafikan bahawa semua ini
F tidak berlaku.

[79] Kami menegaskan bukan menjadi kes plaintif yang diplid bahawa perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan telah ditamatkan oleh plaintif menurut kuasa kl. 3.1 perjanjian pembangunan tambahan untuk membolehkan plaintif melaksanakan hak kontraktualnya
G menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan. Perlu juga diulangi, pernyataan tuntutan tidak membuat apa-apa sebutan mengenai atau rujukan kepada perjanjian pembangunan tambahan. Dalam ketiadaan penamatan perjanjian pembangunan dan/atau perjanjian pembangunan tambahan, maka tuntutan bagi kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan adalah tidak
H konsisten dan bercanggah dengan terma kontraktual yang telah dipersetujui antara plaintif dan defendan, dan sepatutnya ditolak oleh mahkamah.

[80] HMT bagaimanapun telah menjalankan taksiran ganti rugi bagi kehilangan keuntungan berasaskan kos pembinaan seolah-olah telah berlaku penamatan oleh plaintif, sebagaimana yang dapat dilihat daripada petikan
I yang berikut:

> [11] According to her report, which is in Exhibit HBH-2, her scope of work was to calculate the profit realisable solely from the construction costs as per the DA. Cl 1.1 of the DA provides that the construction costs of RM287,120,000 ("the DA sum"). For the purpose of calculating the profit of the construction costs, Hashimah has taken into account the DA sum minus the construction work at costs to obtain the amount of gross profit.

[81] Petikan di atas menunjukkan kekhilafan HMT apabila gagal mengambil kira hakikat bahawa penamatan kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan tidak berlaku kerana plaintif tidak pada bila-bila masa yang material menuntut haknya di bawah kl. 3.1 perjanjian pembangunan tambahan.

Prinsip Pentaksiran Ganti Rugi

[82] Kini kami beralih kepada isu mengenai HMT gagal menggunakan prinsip yang terpakai bagi pentaksiran ganti rugi.

[83] Prinsip yang terpakai bagi suatu pentaksiran ganti rugi adalah begitu mantap dan tidak perlu dikupas lanjut. Namun begitu, bagi maksud melengkapi penghakiman ini, kami menghuraikan secara ringkas prinsip yang terpakai seperti yang berikut.

[84] Seksyen 74 Akta Kontrak 1950 memperuntukkan mengenai pampasan bagi kerugian atau ganti rugi akibat daripada kemungkiran kontrak. Mahkamah Agung dalam kes *Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu v. Mae Perkayuan Sdn Bhd & Anor* [1993] 2 CLJ 1495; [1993] 1 MLRA 198 menyatakan bahawa s. 74 adalah perisytiharan kaedah mengenai pentaksiran ganti rugi yang diperturunkan dalam *Hadley v. Baxendal*e [1854] 9 Exch 34 (lihat juga *Tara Rajaratnam v. Datuk Jagindar Singh & Ors* [1983] 1 CLJ 257; [1983] CLJ (Rep) 892; [1984] I MLJ 175; *Nikmat Masyhur Sdn Bhd v. Kerajaan Negeri Johor Darul Ta'zim* [2008] 9 CLJ 46).

[85] Seksyen 74 Akta Kontrak 1950 berbunyi:

> 74(1) When a contract has been broken, the party who suffers by the breach is entitled to receive, from the party who has broken the contract, compensation for any loss or damage caused to him thereby, which naturally arose in the usual course of things from the breach, or which the parties knew, when they made the contract, to be likely to result from the breach of it.
>
> (2) Such compensation is not to be given for any remote and indirect loss or damage sustained by reason of the breach.

[86] Undang-undang memperuntukkan bahawa prinsip am bagi taksiran ganti rugi adalah bersifat pampasan.

[87] Prinsip yang menjadi panduan dalam pentaksiran ganti rugi disebut oleh Mahkamah Persekutuan dalam kes *Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v. Plenitude Holdings Sdn Bhd* [1995] 1 CLJ 15; [1994] 3 MLJ 777 dan diputuskan di ms. 22-23 (CLJ); ms. 787-788 (MLJ):

A At common law, the general principle which constitutes the starting point in the assessment of damages for breach of contract is, in the words of *Parke R in Robinson v. Harman* [1843-60] All ER Rep 383 at p 385; (1848) 1 Ex 850 at p 855: 154 ER 363 at p365, 'where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation with respect to damages, as if the contract B had been performed'. This was cited with approval by the Court of Appeal in *Koufos v. C Czarnikow Ltd* [1969] 1 AC 350 at pp 414 and 420; [1967] 3 All ER 686 at pp 710 and 714; [1967]3 WLR 1491 at pp 1527 and 1532.

The basis of assessment:

> C In outline, the victim of a breach of contract is entitled to compensation for any loss which results from the breach and which is neither too 'remote' or unlikely, a consequence nor one which he could have avoided by taking reasonable steps in mitigation. He is 'to be placed in the same situation as if the contract had been performed' (*Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex 850 at p 855). This D involves considering his overall position. The damages should compensate him for the performance which he should have received but has not, with deductions for any savings he has or should have made through not having to perform himself or by other action, such as entering a substitute transaction with someone else. Any profit which he is only able to make because E of the breach of contract should also be deducted. These deductions are made in accordance with the general principle that an award of damages should not put the victim in a better position than if the contract had been performed; he should recover no more than he has lost ...

F (Lihat juga kes *Tan Ah Chim & Sons Sdn Bhd v. Ooi Bee Tat & Anor* [1993] 4 CLJ 476; [1993] 3 MLJ 633); *UDA Holdings Bhd v. Koperasi Pasaraya Malaysia Bhd & Other Appeals* [2007] 5 CLJ 489; [2007] 6 MLJ 530; *Datuk Mohd Ali Hj Abdul Majid & Anor v. Public Bank Bhd* [2014] 6 CLJ 269; [2014] 4 MLJ 465).

G **[88]** Dalam *Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu*, *supra*, Mahkamah Agung menyebut di ms. 504 (CLJ); ms. 209 (MLJ):

> ... once the claimant has proved that the kind of damages suffered was foreseeable then the guilty party is liable to the full extent of it whether foreseeable or not provided that the extent of the damages claimed has H been established on the balance of probabilities. In other words, it would not be sufficient for a claimant to merely show that the extent of damage alleged was merely possible. To hold otherwise would dispense with proof of quantum altogether. (See *Litigation Support and Financial Assessment of Damages* by D.R. Chilver and CJ Lemar p. 57).

I **[89]** Plaintif pada pandangan kami gagal membuktikan ganti rugi yang dituntut adalah boleh dijangkakan dan tidak terpencil kerana asas tuntutannya yang tersasar.

[90] Award global sebanyak RM90,000,000 pula yang tidak relevan bagi kos tanah dan dan tidak bersifat pampasan, mengundang kekaburan dan pelbagai persoalan. A

[91] Adakah award ini merangkumi kesemua tuntutan ganti rugi yang ditaksirkan, iaitu ganti rugi khas, ganti rugi am dan ganti rugi teladan? Tidak diketahui tuntutan apakah yang dibenarkan dan apa yang tidak dibenarkan kerana HMT tidak memberikan justifikasi bagi award global yang dibuatnya. Ganti rugi mana yang mendapat award yang lebih dan mana yang kurang menimbulkan tanda tanya. Kemungkinan ganti rugi teladan diberikan amaun yang sama rata dengan atau lebih daripada ganti rugi yang lain, tidak boleh diketepikan. Ini kerana plaintif mengambil pendirian bahawa defendan telah melakukan kemungkiran membayar kos tanah berulang kali. Walaupun isu ini hanya suatu spekulasi sahaja, namum begitu situasi sebegini tidak dapat dielakkan jika tidak ada kepastian tentang apa yang membentuk pemberian award global ini. B C

[92] Lebih-lebih lagi apabila penghakiman HMT memperlihatkan ketidakkonsistenan dalam membentuk award tersebut, seperti yang terkandung dalam perenggan 18, 19 dan 20 penghakiman beliau yang pada pembacaan kami, membawa maksud ini. Plaintif mencadangkan ganti rugi kehilangan keuntungan sebanyak RM103,854,969.75. HMT tidak bersetuju dengan amaun ini. Hashimah dalam laporannya bagaimanapun, mengemukakan amaun sebanyak RM96,540,300. Walaupun amaun yang dikemukakan oleh Hashimah didapati munasabah dan menggambarkan kehilangan keuntungan plaintif, namun begitu, HMT berpendapat amaun tersebut adalah tinggi. Dan akhirnya HMT memutuskan "I believe a more reasonable figure for a global award of damages would be RM90,000,000 and I so hold ...". Sebagaimana yang telah kami nyatakan, keputusan memilih amaun ini sama sekali tidak memberikan indikasi apakah yang telah dibuktikan oleh plaintif bagi mewajarkan award sebanyak ini diberikan kepada plaintif. D E F

[93] Undang-undang menetapkan bahawa mestilah wujud kaitan antara kemungkiran dan kerugian yang dialami. HMT gagal untuk memberi justifikasi atau penjelasan bagaimana tuntutan plaintif bagi kemungkiran defendan membayar baki 90% kos tanah sebanyak RM9,792,000, boleh membawa kepada plaintif menerima ganti rugi keuntungan sebanyak RM90,000,000. Award yang diberikan bagi segala maksud, semestinya bukan suatu ganti rugi berbentuk pampasan. G H

[94] Award ganti rugi yang jauh tidak setimpal dengan kemungkiran yang diplid oleh plaintif berpunca daripada kegagalan HMT membezakan antara komponen kos tanah dan komponen kos pembinaan. Kedua-dua kos ini adalah berbeza. Hak yang dituntut oleh plaintif mestilah selaras dan I

berpaksikan terma kontraktual yang mengikat mereka dan mahkamah mestilah memberikan kesan kepada terma yang mengikat itu. Ini telah tidak berlaku dalam kes ini.

[95] Pemerhatian Mahkamah Persekutuan dalam *Tan Kuan Yau v. Suhindrimani Angasamy* [1985] 1 CLJ 429; [1985] CLJ (Rep) 323; [1985] 1 MLRA 183 mengenai tanggungjawab Mahkamah Rayuan dalam kes-kes pentaksiran ganti rugi adalah instruktif:

> In a particular case therefore it is for the appeal Court to consider whether in the light of the circumstances of that case there is an erroneous estimate of the amount of the damage in that, either there was an omission on the part of the Judge to consider some relevant materials, or he had admitted for purpose of assessment some irrelevant considerations. If the Court is satisfied or convinced that the Judge has acted upon wrong principle of law then it is justified in reversing; indeed, it is its duty to reverse the finding of the trial Judge.

[96] Kekhilafan HMT memerlukan campur tangan kami kerana kekhilafan tersebut telah menyebabkan berlaku ketidakadilan kepada defendan. Rayuan ini dibenarkan dan perintah Mahkamah Tinggi bertarikh 27 Februari 2020 diketepikan. Kami tidak mempertimbangkan pemberian suatu ganti rugi nominal kepada plaintif kerana pentaksiran ganti rugi yang sepatutnya berasaskan kos tanah tidak sama sekali menjadi kes plaintif dan plaintif tidak mengubah pendirian mereka sepanjang berlangsungnya prosiding di hadapan kami. Plaintif diarahkan membayar kos sebanyak RM5,000 kepada defendan, tertakluk kepada pembayaran fi alokatur.